

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

PROYECTO DE LEY

**LEY PARA PROMOVER EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD
COMPETITIVA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS**

**ELIÉCER FEINZAIG MINTZ
Y OTROS SEÑORES DIPUTADOS
Y SEÑORAS DIPUTADAS**

EXPEDIENTE N.º 23.794

**DEPARTAMENTO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS
UNIDAD DE PROYECTOS, EXPEDIENTES Y LEYES**

NOTA: A solicitud de la parte interesada, este Departamento no realizó la revisión de errores formales, materiales e idiomáticos que pueda tener este proyecto de ley.

PROYECTO DE LEY

LEY PARA PROMOVER EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD COMPETITIVA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS

Expediente N.º 23.794

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

1- Competencia, un principio constitucional

El comportamiento competitivo en los mercados (sean de bienes o servicios provistos tanto por empresas de carácter público como privado) es un factor de desarrollo económico y un elemento de bienestar para la población en general. La estabilidad de las condiciones del entorno económico es también una condición necesaria para garantizar el bienestar social, para ampliar las oportunidades de generación de empleo en el país y para reactivar la economía.

Cuanto más competitiva sea una economía, más cercanos estarán los precios de mercado a los costos marginales de producción. Esto se traduce en mejores precios para los consumidores y previene la concentración de poder en pocos actores dentro del mercado. Aprovechar las oportunidades de la competencia, reducir las distorsiones de los mercados, generar condiciones necesarias para emparejar las canchas, abandonar las políticas de protección de mercados, reducir el impacto y peso del Estado en la dinámica económica, es a lo que se aspira para beneficiar a los consumidores, reducir la pobreza, generar empleo y, en suma, producir bienestar.

La visión descrita en los párrafos anteriores está plasmada en los principios constitucionales que orientan la contratación administrativa en Costa Rica, a saber: la libre competencia, la igualdad de trato entre todos los potenciales oferentes, la publicidad, la legalidad, la transparencia de los procedimientos, la seguridad jurídica, el formalismo de los procedimientos licitatorios, el equilibrio de intereses, el principio de buena fe, la mutualidad del contrato, y el control de los procedimientos realizado directamente por la Contraloría General de la República.

Nuestra Constitución establece:

*“(...) Artículo 182: Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del estado, las municipalidades, y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, **se harán mediante licitación**, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo. (...) (El destacado no es del original)*

Sobre el tema, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia¹, ha indicado que:

"(...) toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación (...) El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada por el desequilibrio presupuestario de los gobiernos de la República, el gasto desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial y en especial para ponerle fin a la práctica generalizada de los contratos sin licitación ... ²

En este orden de ideas, por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de

¹ En Sala Constitucional, Sentencia: 00998, del 16 de febrero de 1998.

² En acta 162 se identifica la versión original de la moción discutida en la Asamblea Constituyente, la cual dispuso:

"(...) Artículo 7º.- La ejecución o reparación de obras públicas, las compras que se ejecuten con fondos del Estado, de las Municipalidades o de las instituciones autónomas, y la venta o arrendamiento de los bienes pertenecientes a los mismos, se harán, tratándose de obras u operaciones cuyo valor y naturaleza señale la ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación..."

Por su parte en acta 164 los Constituyentes deliberaron por el fondo dicha moción. Se destaca del debate los siguiente:

*"... El Licenciado ORTIZ observó que el artículo no era lo suficientemente claro. Por ejemplo, la reparación de un edificio de la Administración, que podría llevarse a cabo por el Taller de Obras Públicas, ¿deberá sacarse a licitación pública? ¿A cuáles reparaciones se refiere el artículo... El Diputado CHACÓN JINESTA expresó que por experiencia reconoce que no siempre el sistema de licitaciones públicas produce los mejores beneficios. Si bien se trata de un sano principio, en la práctica las licitaciones no dan los buenos resultados que se espera. Lo más conveniente sería no decir nada al respecto en la Constitución. El señor CASTRO SIBAJA manifestó que aún el mismo compañero Chacón reconoce la bondad del principio. ¿Por qué, entonces, oponerse a consignarlo en la Constitución? **Es necesario llevar ese principio al texto constitucional para que no vuelvan a ocurrir los llamados "contratos sin licitación" del régimen pasado, que tanto criticara la Oposición. El señor ARIAS manifestó que el sistema de licitaciones era conveniente. El Diputado CHACÓN JINESTA de nuevo intervino en el debate, para indicar que en muchos casos las licitaciones privadas daban mejores resultados que las públicas. La fórmula en debate cierra la puerta a esa posibilidad. El Diputado CASTRO SIBAJA manifestó que el compañero Chacón tenía razón. Sugirió luego la siguiente fórmula para que el artículo en debate se redacte así: "Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebran el Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamiento de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo. Sometida a votación la moción anterior, que fue acogida por los proponentes, fue aprobada.***

contratación; por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, ... cuyo principal objetivo es la selección del contratista más idóneo ..." (El destacado no es original).

2- Figura de excepciones en contratación administrativa vs. principio de Neutralidad Competitiva

Respecto al carácter excepcional de la figura de contratación directa, la Sala Constitucional indica:

*"... En este sentido, lleva razón el Procurador General de la República, en tanto considera que la interpretación de las normas y principios constitucionales debe hacerse conforme a la realidad social e institucional del Estado moderno, de manera que, precisamente en aras de la satisfacción del interés público, es que resulta imposible remitir en forma indiscriminada a los procedimientos licitatorios ordinarios -entiéndase licitación pública- toda la contratación de la Administración Pública; debiendo entenderse justificada la contratación directa, **única y exclusivamente como procedimiento de excepción** para la elección del cocontratante con la Administración, en primer lugar, y cuando las condiciones especiales de la negociación de que se trate lo ameriten, de conformidad con los supuestos expresa y claramente dispuestos previamente en una norma de carácter legal, en tanto se trata de una excepción a un principio constitucional. En razón de lo anterior es que cabe concluir que en sentido general, ni el artículo 96 inciso a) punto 1) de la Ley de la Administración Financiera de la República, ni el 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, resultan violatorios del artículo 182 constitucional, en cuanto facultan a la Administración Pública contratar bienes y servicios mediante el procedimiento de la contratación directa, **como mecanismo excepcional y únicamente en determinadas circunstancias muy calificadas** previamente por Ley formal..."*³ (El destacado no es original)

En línea con los preceptos constitucionales, la Ley General de Contratación Pública N.º 9986, desarrolla el principio de competencia y libre concurrencia, a saber:

"...en los procedimientos de contratación pública se dará un trato igualitario a todos los oferentes, se procurará la más amplia competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación..." (El destacado no es original)

³ Ver voto Sala Constitucional: Res: 06754-98 San José, a las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho. (<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-82627>)

En este contexto se comprende la no objeción de los representantes de Costa Rica ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) respecto a la Recomendación sobre Neutralidad Competitiva adoptada por el Consejo de la OCDE a Nivel Ministerial el 31 de mayo de 2021.

La Recomendación insta a los Adherentes a garantizar la igualdad de condiciones tanto entre las empresas de propiedad estatal y privada, como entre las diferentes empresas de propiedad privada, a saber:

*“... la necesidad de abordar las fallas del mercado y **prevenir las políticas gubernamentales y las prácticas comerciales que distorsionan la competencia, incluidas las ayudas y subsidios estatales ...**”.* (El destacado no es del original)

En atención a esta resolución, el comité de Competencia ha promovido el análisis del principio de “Neutralidad Competitiva”.⁴ El cual se entiende como:

*“...Neutralidad competitiva: **un principio según el cual a todas las empresas se les proporciona igualdad de condiciones con respecto a la propiedad, regulación o actividad de un estado** (incluidos los niveles central, regional, federal, provincial, de condado o municipal del estado) **en el mercado...**”* (El destacado no es del original)

En otras palabras, el principio promueve evitar o eliminar ventajas artificiales a determinadas empresas que distorsionen la competencia en los mercados nacionales e internacionales. Estas ventajas artificiales pueden concederse a empresas públicas, por el vínculo político que desempeñan en el logro de objetivos de política pública.

*“...Desde la perspectiva del derecho de competencia, **la neutralidad competitiva garantiza una competencia efectiva en el mercado, al maximizar la competencia en función de los méritos de las empresas.** Así, el concepto de un “**campo de juego nivelado**” entre las empresas públicas y privadas está al centro de la definición de la neutralidad competitiva...”*⁵ (El destacado no es del original)

En la misma línea la Comisión de Promoción a la Competencia (COPROCOM), como ente público encargado de vigilar las potenciales conductas anticompetitivas, afirma:

⁴ Ver: Como antecedentes se invita a analizar: [los estándares de la OCDE relacionados con la neutralidad competitiva](#) y el [Inventario de Distorsiones y Medidas de Neutralidad Competitiva](#).

⁵ <https://centrocompetencia.com/neutralidadcompetitiva/#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20OCDE,indebidas%20entregadas%20por%20el%20Estado.>

“...El principio de competencia es complementario de los otros preceptos que rigen la materia. La contratación pública debe sujetarse a los principios de igualdad de oportunidades, transparencia, publicidad, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos, equilibrio de intereses, buena fe, mutabilidad del contrato y control de los procedimientos...”

“...Entre los problemas que mayor preocupación causan se encuentran:

- a) **la proliferación de empresas relacionadas que aparentan la existencia de competencia en los concursos de manera irreal.**
- b) **la introducción de requisitos injustificados en los carteles que limitan la competencia, y**
- c) **la permisividad de ofertas en consorcio que no se justifican y que son sólo una forma de evitar competir...”** (El destacado no es del original)

Como parte del proceso de investigación realizado en el despacho, se logra identificar en materia de contratación administrativa⁶ la existencia de al menos una distorsión que favorece a empresas públicas, lo que roza con el principio de neutralidad competitiva⁷ y en la práctica con los principios constitucionales de libre competencia, igualdad, publicidad, y transparencia señalados reiteradamente por la Sala Constitucional; tal es el caso del uso cotidiano y no excepcional de la figura de contratación exceptuada establecida en los incisos b, c y d del artículo 3 y la debilidad de los estudios de mercado que las respaldan, según lo requerido por el artículo 4.

Actualmente el texto de la Ley General de Contratación Pública N.º 9986 establece:

“(...) Artículo 1.

La presente ley resulta de aplicación para toda la actividad contractual que emplee total o parcialmente fondos públicos

(...)

“(...) ARTÍCULO 3- Excepciones

⁶ Ley N 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo de 2021

⁷ El esquema preferencial de contratación de los entes de derecho público data en la normativa costarricense desde mediados del siglo pasado, con la Ley de Administración Financiera de la República, Ley 1279 del 27 de mayo de 1951; posteriormente, se incluyó en la Ley 7494 del 01 de mayo de 1996; y ahora, si bien la Ley 9986 ajustó varias de las excepciones de los procedimientos ordinarios hoy vigentes en la Ley 7494, algunas excepciones no fueron eliminadas, entre las que se encuentra, precisamente, la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público.

Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades:

- a) *La actividad contractual sometida a un procedimiento especial de contratación, en virtud de acuerdos internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa.*
- b) **La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar. Para recurrir a esta excepción debe quedar acreditado en el expediente electrónico la idoneidad del ente público que se pretende contratar, debiendo este realizar al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual.**

Las contrataciones con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.

- c) *Cuando se determine que existe **un proveedor único**, lo cual deberá estar precedido tanto de una verificación en el sistema digital unificado, que así lo acredite, **como de un estudio de mercado**, y de una invitación que debe ser realizada en dicho sistema por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existe más de un potencial oferente para proveer el objeto contractual y verificar así la unicidad.*

*De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente. **Para el uso de esta excepción no se podrán alegar razones de conveniencia, ya que solo es posible utilizarla una vez comprobada la unicidad.***

No se considerará proveedor único, entre otros, el desarrollo de sistemas de información ni la adquisición de partes de tecnología que se agreguen a una existente, cuando aquella haya cumplido su vida útil.

- d) **El patrocinio y la contratación de medios de comunicación social vinculados con la gestión institucional, lo que no incluye la contratación de agencias de publicidad para realizar campañas publicitarias.**

(...)

ARTÍCULO 4- Requerimientos generales para el uso de las excepciones

*Para el uso **de excepciones se deberán** cumplir los siguientes requerimientos:*

- a) Contar con la decisión inicial dictada por el jerarca de la institución o quien él delegue.*
- b) **Acreditar la procedencia de utilizar la excepción respectiva, dejando constancia de los motivos legales, técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del interés público.***
- c) **Realizar, cuando corresponda, un sondeo o un estudio de mercado que considere los potenciales oferentes idóneos del objeto que se pretende contratar.***

Los requerimientos específicos para la aplicación de las excepciones serán regulados en el reglamento de esta ley.

*En el sistema digital unificado deberá **constar un registro del uso de las excepciones que realice cada Administración, el cual deberá estar disponible para la consulta ciudadana...*** (El destacado no corresponde al original)

Como se desprende del articulado existe un vínculo muy claro entre la aplicación de la figura de excepción entre entes públicos (comúnmente conocida como la contratación directa), la figura de proveedor único y el estudio de mercado que las debe fundamentar. Sin embargo, llama la atención que en la práctica el uso reiterado de dicha figura la convierte no solo en una distorsión de la figura de la excepción sino también en un problema recurrente respecto a la debilidad de los elementos técnicos que fundamentan dicha práctica, por ejemplo, en el pasado el simple enunciado del inciso b) ha bastado para su aplicación. Situación que se agudiza en los mercados que operan en condiciones de competencia donde concurren operadores o agentes económicos tanto públicos como privados.

Por otra parte, se destaca la ambigüedad configurada en el inciso d) del artículo 3, en el tanto su redacción deja en manos del reglamento elementos esenciales tales como: uso de marca, alcance de la figura de medios de comunicación social y la interpretación de cuando se está ante el vínculo de gestión institucional, elemento que se considera son del ámbito de ley.

Finalmente, y determinante desde la perspectiva de competencia y del principio de neutralidad competitiva promovido con esta iniciativa, se destaca la importación de elevar a rango de ley y con la claridad que hoy tiene el reglamento el caso de la prohibición de uso de excepción para el caso de contratación de agencias de publicidad siendo este un mercado en competencia.

3- Impacto de la figura de excepciones en la contratación pública en los mercados

Si bien la nueva ley contiene ajustes importantes respecto a la anterior, la relevancia del proyecto de ley se centra en el impacto de las contrataciones por la vía de la excepción en el mercado, así se desprende de los estudios realizados por:

- 1.- La OCDE, mediante el estudio denominado “*Potenciando el uso de la licitación competitiva en el Sistema de Compras Públicas de Costa Rica*” (2015 y 2017) del cual se destacan los siguientes hallazgos⁸:

*“...El marco nacional de contratación pública de Costa Rica prevé tres procedimientos principales: **licitaciones abiertas, licitaciones limitadas y adjudicaciones directas.** También incluye **26 categorías de excepciones a los procedimientos ordinarios que pueden llevarse a cabo mediante adjudicación directa o licitación restringida.** Un número importante de empresas estatales y entidades públicas no estatales representan una parte sustancial del volumen de contratación. Sin embargo, esas entidades están exentas de aplicar el marco regulador nacional de la contratación pública y han elaborado sus propios reglamentos de contratación. **En 2017, el uso de excepciones a los procedimientos ordinarios representó el 47,6% del volumen total de contratación y el 80,3% del número total de procedimientos...**”*

La Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Contratación Pública – Principio sobre el acceso IV.

*RECOMIENDA que los adherentes **faciliten el acceso a las oportunidades de contratación para posibles competidores de todos los tamaños.** Con este fin, los adherentes deberían:*

- i) **Contar con marcos institucionales, legales y regulatorios coherentes y estables, que son esenciales para aumentar la participación en la negociación con el sector público y son puntos de partida clave para garantizar sistemas de contratación pública sostenibles y eficientes.***

Estos marcos deberían:

- 1. **Ser lo más claros y simples posible;***
- 2. **Evitar incluir requisitos que dupliquen o entren en conflicto con otras leyes o reglamentos; y***

⁸ Ver <https://www.oecd.org/governance/public-procurement/costa-rica-public-procurement-system.pdf> El estudio de la OCDE fue utilizado en la reforma integral a la ley vigente. Sin embargo, para el tema de excepciones los hallazgos de dicho estudio guardan vigencia a la fecha.

3. **Tratar a los licitadores, incluidos los proveedores extranjeros, de manera justa, transparente y equitativa, teniendo en cuenta los compromisos internacionales de los adherentes** (por ejemplo, el Acuerdo sobre Contratación Pública en el marco de la Organización Mundial del Comercio, las Directivas de Contratación Pública de la Unión Europea y los acuerdos comerciales bilaterales o multilaterales)

...

...iii). Utilizar la licitación competitiva y limitar el uso de excepciones y contratación con un solo proveedor. Los procedimientos competitivos deben ser el método estándar para llevar a cabo las adquisiciones como medio de impulsar la eficiencia, luchar contra la corrupción, obtener precios justos y razonables y garantizar resultados competitivos. Si circunstancias excepcionales justifican limitaciones a la licitación competitiva y al uso de la contratación con un solo proveedor, esas excepciones deberían ser limitadas, predefinidas y deberían requerir una justificación adecuada cuando se empleen, con sujeción a una supervisión adecuada que tenga en cuenta el mayor riesgo de corrupción, incluso por parte de proveedores extranjeros.
Fuente: (OCDE, 2015[6]... (P.28)

...Al excluir a ciertas entidades del ámbito de aplicación de la legislación sobre contratación pública, existe el riesgo de que una parte significativa del gasto público se rija de manera inadecuada o esté sujeta a despilfarro y/o corrupción. Como se mencionó anteriormente, los beneficios de la adquisición a través de una licitación competitiva son numerosos. Por lo tanto, excluir a las entidades de la legislación sobre contratación pública aumenta el riesgo de que no se materialicen los beneficios derivados de la contratación mediante licitación competitiva. Para las entidades con circunstancias especiales que requieren su exclusión de la legislación sobre contratación pública, es importante equilibrar las prioridades contrapuestas de la flexibilidad requerida de las organizaciones generadoras de ingresos y la integridad y transparencia requeridas de las instituciones públicas....
(P.29)

...Según el Grupo de Trabajo sobre Propiedad Estatal y Prácticas de Privatización de la OCDE, si bien las empresas estatales requieren un cierto grado de flexibilidad en sus prácticas de contratación pública para seguir siendo competitivas, es importante lograr un equilibrio que garantice el cumplimiento de los principios de transparencia y rendición de cuentas. Cuando las empresas de propiedad estatal participan en la contratación pública, ya sea como licitador o comprador, los procedimientos correspondientes deben ser competitivos, no discriminatorios y estar salvaguardados por normas adecuadas de transparencia... (P.30)

...Los **niveles excesivos de discrecionalidad en la selección de los procedimientos pueden afectar negativamente a las percepciones de equidad y previsibilidad, desalentando a las empresas a entrar en un mercado** (Evenett y Hoekman, 2005[39]). Un marco debe identificar las categorías de contratación bajo las cuales puede justificarse una excepción a la licitación competitiva (o al menos a la licitación abierta).

Cada categoría normalmente requiere una justificación de que una licitación competitiva no es de interés nacional/público... (P. 32)

...Cuando una compra representa una excepción válida de una licitación abierta o competitiva, otras reglas o leyes pueden seguir siendo aplicables. Esto proporciona una mayor garantía de que esta actividad todavía se lleva a cabo de conformidad con principios comerciales sólidos, y que el gasto sigue estando sujeto a rendición de cuentas a través de controles apropiados y transparencia. Por ejemplo, obligar a los poderes adjudicadores a documentar y justificar sus razones para solicitar (y conceder) excepciones puede ayudar a los organismos de control en sus actividades de supervisión y auditoría. Las medidas cautelares que se adoptan para mejorar la integridad cuando no se requiere licitación competitiva deben ser proporcionales al valor del contrato (OCDE, 2009[27]). Tales medidas pueden incluir, por ejemplo:

1. **Requisitos claros y documentados**
2. **la justificación de la elección del procedimiento (cuando se utilicen procedimientos no competitivos) y los registros apropiados**
3. *Especificación del nivel del personal expedidor*
4. *Planificación de revisiones aleatorias (como controles ex post) de los procesos seguidos en los casos en que se utilizan procedimientos no competitivos.*
5. *involucrar a las partes interesadas y a la sociedad civil para examinar la integridad del proceso, especialmente en circunstancias excepcionales como la extrema urgencia o los contratos de alto valor*
6. *la publicación de los criterios que deben aplicarse para la selección del proveedor y los términos previstos del contrato*
7. **Tras la adjudicación del contrato, se reconoció en el ACP (que se examina con más detalle en el recuadro 2.4), que, en un esfuerzo por restringir el uso de excepciones y promover prácticas de contratación pública abierta en todos los países participantes, normalizó las razones por las que una contratación puede quedar exenta de licitación abierta.** Esto suele estar codificado en la legislación, las normas o las políticas nacionales que rigen la aplicación, el uso y la justificación de las excepciones a la licitación abierta... (P.32)

...Las **Partes en acuerdos comerciales internacionales**, como el ACP, **deben asegurarse de que las normas que establezcan para permitir excepciones a la libre competencia en las contrataciones abarcadas**

por el Acuerdo no afecten negativamente a los proveedores de otras partes... (P.34)

“...Contratos internos (excepciones)

*En todos los marcos de contratación de los países de la OCDE se prevén actividades de contratación **entre entidades públicas**. Costa Rica contempla esta posibilidad en el artículo 2 de la LCA y 138 de la RLCA.*

El volumen de contratación gastado a través de esta excepción ha aumentado en un 126% en los últimos tres años (de CRC 15 444 929 570 en 2015 a CRC 34 923 985 362 en 2017). Los contratos internos podrían utilizarse como una forma de eludir el uso de procedimientos competitivos y adjudicar el contrato a un proveedor específico, perjudicando así la eficiencia e integridad del sistema... (p.42)

*...En la Unión Europea, las directivas de contratación pública de la **UE establecen que una decisión sobre si los bienes y servicios deben comprarse externamente o a otra institución pública requiere un examen cuidadoso de los aspectos económicos y sociales de la situación** (OCDE SIGMA, 2016[44]).*

Recomendación: Cuando una entidad pública desee adjudicar el contrato a otra entidad pública, deberá proporcionarse una justificación detallada que explique las razones financieras y técnicas, junto con un análisis de mercado que identifique a los posibles proveedores de los sectores público y privado... (P 43) (Los destacados no son del original)

2.- Por su parte la SUTEL como Autoridad Sectorial de Competencia, en su estudio denominado “*Informe preliminar de estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones*”, dimensiona en forma clara el tema que buscamos resolver, a saber⁹:

“...La interacción entre compras públicas y competencia se da principalmente en dos dimensiones. La primera dimensión está relacionada con las conductas anticompetitivas, específicamente la colusión en las licitaciones, que en el marco normativo costarricense se define como una práctica contraria a la competencia en los artículos 11 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 y 53 de la Ley 8642. La segunda dimensión entre competencia y compras públicas se refiere a la necesidad de prevenir que el propio Estado genere distorsiones a la competencia con la creación de

⁹ Para ahondar en la figura de neutralidad competitiva se recomienda ver en Informe Sutel sección de derecho comparado PP 25 a 35.

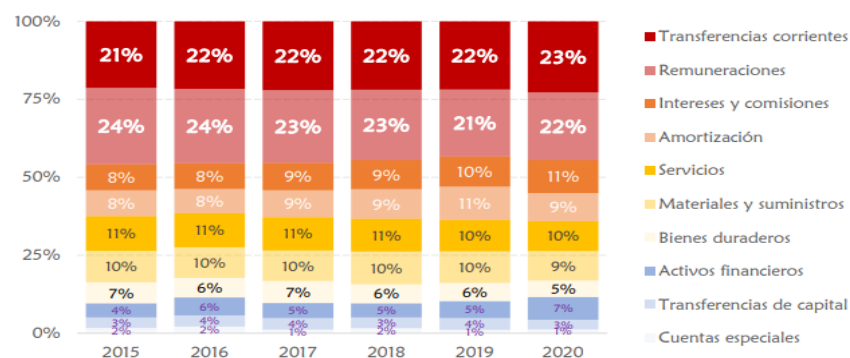
barreras regulatorias referidas a la entrada al mercado. El alcance de este estudio de mercado se refiere a esta segunda dimensión ... (P.9)

...Las compras públicas de servicios de telecomunicaciones amparadas a la excepción dispuesta en el artículo 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, así como también a normas y/o procedimientos similares, podrían resultar en una asignación ineficiente de recursos por parte del Estado Costarricense y en un elemento con el potencial de distorsionar el nivel de competencia del sector telecomunicaciones, en los casos en los que privaran, por encima de la idoneidad del proveedor que brinda el servicio a contratar, consideraciones ajenas a la satisfacción de las demandas técnicas específicas de servicios de telecomunicaciones por parte de agentes económicos de carácter gubernamental... (P.10)

...La OCDE ha sido enfática al afirmar que es necesario que tanto las empresas públicas (SOE, por sus siglas en inglés de state-owned enterprise) como el mismo Estado, se ajusten a las reglas de la contratación pública, para que estas apliquen a entes públicos y privados por igual, con el fin de cumplir con el principio de neutralidad competitiva, sea, cuando en un mercado nadie es sujeto de ventajas o desventajas²⁸ (28. OCDE (2012). Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business. Recuperado el 1 de setiembre del 2021 en el sitio web: <https://www.oecd.org/corporate/50302961.pdf> 29 OCDE (2021) ...” (P..25) (Los destacados no son del original)

“...los presupuestos anuales de sus integrantes serían una aproximación apropiada de sus intenciones de compra, medido esto por los egresos presupuestados, incluyendo modificaciones y presupuestos extraordinarios. Siendo en este punto relevante la identificación de los servicios de telecomunicaciones en los respectivos presupuestos, siendo de especial beneficio para los efectos de mediciones que todos los integrantes del sector público utilicen el “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto” (en adelante Clasificador) de manera general. (Los destacados no son del original) ...” (P.38)

Gráfico 3. Sector público: egresos presupuestados^{1/} por partida^{2/}. Costa Rica. Periodo 2015-2020. (Distribución porcentual)



Nota:

^{1/} Para los análisis se emplean los egresos presupuestados a 31 de diciembre, incluye modificaciones y presupuestos extraordinarios.

^{2/} Si bien los datos de los egresos presupuestados permiten clasificar el 100% de los gastos en las respectivas partidas, a nivel de grupo y subpartida no es de esta manera, existiendo entre el 2015 y 2020 un 0,7% de gastos que no es posible reconocer el objeto del gasto (5053 gastos).

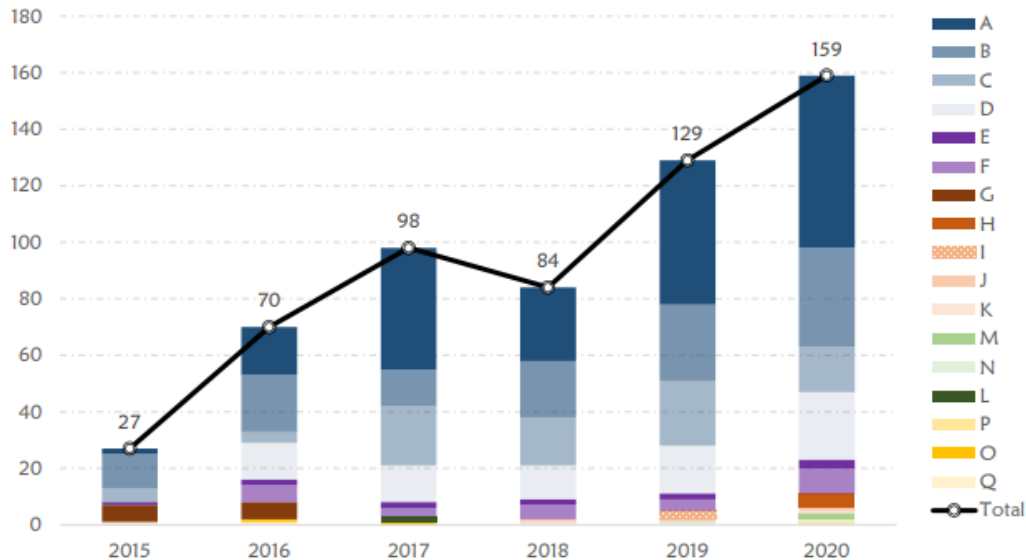
Fuente: Elaboración propia con información de la Contraloría General de la República.

A manera de resumen la SUTEL indica que:

*“...El impacto en términos económicos de los egresos presupuestados en los servicios integrados de telecomunicaciones⁷⁴ por parte del sector público resulta patente, como se desarrolló en la sección anterior, **se estima que en 2020 el Estado presupuestó un total de ₡ 77.272 millones para la adquisición de SIT, lo que representó un 2,7% del total de egresos presupuestados destinados a la adquisición de servicios y un 0,26% del total de egresos presupuestados, y de ahí su importancia del Estado como demandante de servicios de telecomunicaciones para los oferentes de este tipo de servicios...***

... existen aquellos que sí han ofertado contrataciones públicas entre el 2015 y 2020, acumulando en el periodo un total de 567 ofertas presentadas (ver Gráfico 6).

Gráfico 6. Participación de los proveedores de servicios de telecomunicaciones en contrataciones públicas. Costa Rica. Periodo 2015-2020. (Distribución porcentual de participación)



Nota:

¹⁷ De este cálculo se excluyeron dos empresas que, aunque si participan en licitaciones públicas, los datos brindados son imprecisos.

Fuente: Elaboración propia con información recolectada con los proveedores de servicios de telecomunicaciones, expediente GCO-DGM-ESM-01636-2019.

... Este grupo activo está compuesto por cuatro proveedores, aunque debe notarse la diferencia entre ellos. **El liderazgo está concentrado en un solo proveedor, seguido más de cerca por una empresa** y lejanamente por los restantes, aunque se debe percibir el incremento en la cantidad de ofertas en concursos públicos por parte de C y D... (P46)

...Un aspecto importante de señalar es que los miembros de ambos grupos de proveedores oferentes **señalaron que se han enfrentado a dificultades u obstáculos para materializar sus ofertas en ciertos concursos**. La información disponible de los encuestados permite identificar al menos tres tipos de situaciones. **Las primeras relacionadas directamente con la rentabilidad de los proyectos y que están vinculadas a la capacidad de las empresas**. Luego, existe un grupo relacionado con los requisitos propios del cartel, que limitan o excluyen automáticamente a los proveedores. Y finalmente, la excepción establecida en la Ley 7494, que permite realizar contrataciones directas entre empresas estatales. Visualizándose en estas dos situaciones posibles barreras, a las que se debe prestar especial atención, por su efecto en la dinámica competitiva que debe prevalecer en los concursos públicos... (pp46-48)

...Para el desarrollo del estudio **se requirió extraer del SICOP una serie de contrataciones relevantes para el análisis**. El primer paso, se refirió a la

selección y extracción del total de contrataciones que hubieran sido adjudicadas a operadores y proveedores independientemente de la naturaleza del objeto contratado, lo cual representa un universo de 1176 contrataciones...” (PP. 55-56) (Los destacados no son del original)

Para el caso concreto de uso de excepción, el estudio de SUTEL identificó que, para el período 2016-2020, de un total de 208 procedimientos de contratación administrativa adjudicados a proveedores de servicios de telecomunicaciones, tan solo dos fueron el resultado de un proceso competitivo y abierto de licitación pública, 19 mediante procesos de licitación abreviada que limitan la competencia y 179 mediante mecanismos de excepción diseñados para evadirla, tal como lo demuestra el gráfico # 11 que presentamos a continuación, confirmando el hecho de que la excepción se convirtió en la norma, violentando los principios de competencia:¹⁰ ... (P.58)

Gráfico 11. Procedimientos de contratación administrativa adjudicados a proveedores de servicios de telecomunicaciones. Costa Rica. Período 2016-2020. (Distribución porcentual)



Fuente: Elaboración propia con información del Sistema Integrado de Compras Públicas.

El segundo aspecto de interés es la aplicación de las salvedades y en particular, destaca el crecimiento que han tenido las contrataciones de escasa cuantía, aunque en términos absolutos en el período 2016-2020 **las excepciones por el inciso c) (la actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público), son las que se han aplicado la mayor cantidad de veces** (ver Cuadro 6).

Cuadro 6. Servicios de telecomunicaciones: procedimientos de contratación administrativa por modalidad de excepción. Costa Rica. Período 2016-2020. (Distribución absoluta)

Excepción artículo 2	Año					Total
	2016	2017	2018	2019	2020	
Inciso c)	8	21	20	12	16	77
Inciso h)	2	6	11	18	37	74
Inciso d)	0	3	4	6	3	16
No identificada	3	0	4	4	0	11
Total	13	30	39	40	56	178

* c) La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público.

d) La actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público o no convenga someterla, sea porque solo existe un único proveedor, por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el Reglamento de esta Ley.

h) La actividad que, por su escasa cuantía, no convenga que sea sometida a los procedimientos ordinarios de concurso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 27 de esta Ley.

Fuente: Elaboración propia con información del Sistema Integrado de Compras Públicas.

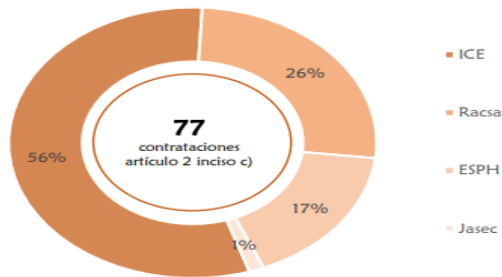
¹⁰https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/audiencias/informe_estudio_mercado_compras_publicas_consulta_publica.pdf

Para SUTEL,

“...El análisis de los resultados podría evidenciar que la dimensión económica es mucho más importante para explicar el impacto de la aplicación del artículo 2, inciso c) de la Ley 7494 en las contrataciones públicas, ya que después del año 2016, en términos del monto total adjudicado estas representan tasas superiores al 75%...” (P. 60) (Los destacados no son del original)

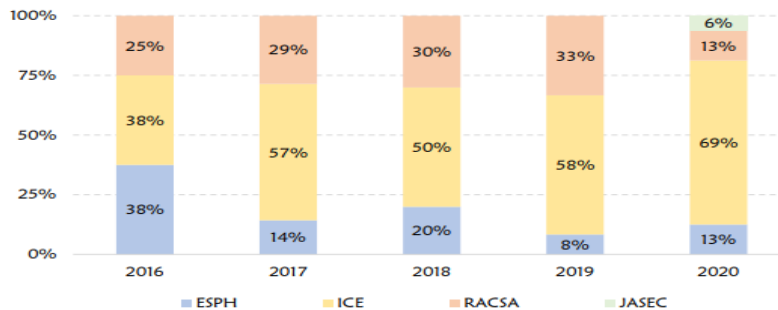
En resumen, el uso de la excepción entre entes públicos en el mercado de telecomunicaciones, porcentualmente ha favorecido primordialmente al ICE, RACSA, es decir que el mismo grupo económico se benefició con el 82% de los procedimientos, ESPH y en menor medida, a JASEC, tal como lo muestra los gráficos 13 y 14, también proveniente del referido informe de la Sutel: ...” (P.60)

Gráfico 13. Procedimientos de contratación administrativa tramitados por la excepción del artículo 2 inciso c) de la Ley 7494 adjudicados según operador. Costa Rica. Periodo 2016-2020. (Distribución porcentual)



Fuente: Elaboración propia con información del Sistema Integrado de Compras Públicas.

Gráfico 14. Porcentaje de procedimientos de contratación administrativa adjudicados a proveedores de servicios de telecomunicaciones, bajo la excepción dispuesta en el artículo 2 inciso c) de la Ley 7494. Costa Rica. Periodo 2016-2020. (Distribución porcentual)



Fuente: Elaboración propia con información del Sistema Integrado de Compras Públicas.

...

4.- Opinión de entes expertos sobre mejores prácticas en la Contratación:

Seguidamente, se resumen resoluciones de la propia Contraloría General de la República (CGR) y de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) que nos sirven de ejemplo respecto al problema indicado:

1. Respecto a mejores prácticas en contratación la CGR ha indicado:
“... 5. Sobre las buenas prácticas internacionales en la elaboración de estudios de mercado.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia, denominado “Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia” (2014), dispuso en relación con los estudios de mercado lo siguiente:

*... **Los estudios de mercado son de importancia vital** y una herramienta **preparatoria valiosa**. Deberían ser emprendidos aun cuando no haya ningún requisito legal que los imponga, en particular para licitaciones de gran valor. Un entendimiento a fondo de todas las condiciones que prevalecen en el mercado y de los oferentes potenciales es esencial si es que las autoridades contratantes quieren comprar con eficiencia y detectar y evitar la colusión entre oferentes.*

*Los estudios de mercado deben **identificar las características y especificaciones de los bienes y servicios que se van a adquirir, los oferentes existentes y potenciales, los productos alternativos, las tendencias de los precios en el transcurso del tiempo, las diferencias en precios entre los mercados privados y los de contratación pública, y los costos y otras variables competitivas, todas las cuales están indicadas en los Lineamientos de la OCDE**. Los estudios de mercado deberían ser **realizados por individuos con conocimientos en contratación pública** y/o investigación, que dispongan de suficiente tiempo y recursos ...*

*... En ese mismo sentido de la estandarización, la OCDE ha desarrollado una herramienta que contempla una metodología integral para el análisis de mercado, incluyendo un modelo normalizado para el informe del análisis del mercado. **En particular se destaca, que herramientas de este tipo, pueden ser útiles para orientar a los profesionales en la realización de los estudios de mercado y documentar las acciones llevadas a cabo para garantizar la total transparencia de esta etapa del proceso, con lo cual se permite que se utilice para acumular conocimientos internamente y a efectos de control.***

De esa forma, se tiene que a nivel internacional las buenas prácticas van enfocadas a que el proceso de consulta para la obtención de la información

en la que se basa el estudio de mercado sea abierto y objetivo, dotando a los potenciales oferentes de toda la información necesaria para atender a las solicitudes de propuesta que se remitan, otorgando un plazo adecuado para remitir su propuesta y garantizando la igualdad de trato entre ellos. Se entiende que resulta de vital importancia que todo el proceso se documente (tanto las actuaciones previas a las solicitudes de propuesta como los resultados) y queden incorporados a los expedientes respectivos ... (El destacado no es del original)

2.- Respecto a estudios de mercado, la CGR ha indicado:

“(...) esta Contraloría General ha venido delimitando los elementos mínimos que debe contener un estudio de mercado para poder ser considerado como tal, y que de esa forma el mismo esté en capacidad de reflejar realmente la realidad de un determinado mercado en un momento en particular. Bajo esa tesitura, es posible extraer una serie de consideraciones en torno a este tema, y en ese sentido se debe partir por tener claro que la realización de un estudio de mercado no tiene por qué cumplir con las formalidades, requisitos y condiciones de un concurso público, sin embargo, sí debe respetar ciertas bases esenciales que permitan garantizar la objetividad y veracidad de sus resultados. Así, tal y como se indicó en los citados oficios, es necesario que el estudio sea suscrito por un funcionario competente que asuma la responsabilidad por el análisis llevado a cabo, debiendo además haberse definido previamente una metodología con base en la cual se compararán las ofertas recibidas, así como las bases que servirán para poder consultar efectivamente el mercado.

En ese orden de ideas, debe contarse con los factores de calificación que se valorarán para comparar las ofertas, así como el valor o puntuación que se le concederá a cada uno de éstos, pero además debe poderse constatar los términos y condiciones en que se comunicó a los potenciales interesados la intención de llevar a cabo un estudio de mercado, siendo que se debe poder demostrar los requerimientos que se plantearon a los distintos participantes, así como la forma o medio que se utilizó para comunicar el interés de la respectiva Administración de valorar las condiciones del mercado para un bien o servicio en particular.

Lo anterior, se traduce básicamente en la implementación de los principios de eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad, los cuales deben ser pilares en el proceso de realización de un estudio de mercado (...)¹¹ (El destacado no es del original)

¹¹ División de Contratación Administrativa - CGR informe DCA-1120 del 31 de marzo, 2020

3.- Mercados en competencia efectiva y la aplicación de las excepciones a estos mercados.

Por su parte, la SUTEL a propósito del reglamento a la Ley de Contratación Pública, en su informe 03757-SUTEL-CS-2022 del 26 de abril del 2022, destaca el impacto de ambas figuras en los mercados de telecomunicaciones declarados en competencia, a saber:

*“... El análisis realizado en las secciones anteriores arroja como resultado que **existen normas en particular que podrían tener un impacto perjudicial sobre la competencia del mercado de telecomunicaciones, sin que esto quiera decir que no pueda afectar la competencia en otros mercados.***

En síntesis, dichas normas tenderían a:

*... **Limitar el número de empresas a participar en procesos de compra pública, siendo que la normativa propuesta establecería: a) una excepción de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa de la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público (Artículos 3 y 5) y así como de las alianzas estratégicas de ciertas entidades que operan dentro de mercados en competencia y que unen a una o a varias empresas públicas o privadas con las que comparte mercados afines (artículo 12) ...***

*... En esta línea de análisis, se debe tener claro que el objetivo central de la contratación pública es **adquirir bienes y servicios al menor precio y mayor calidad posibles para satisfacer los requerimientos del gobierno...***

... Sobre el uso de excepciones, la OCDE en su Recomendación indica que se debe:

*“...ii) **Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor. Las licitaciones mediante concurso deberán ser el método habitual en la contratación pública, como instrumento adecuado que son para lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener unos precios justos y razonables y garantizar unos resultados competitivos. Si se dan circunstancias excepcionales que justifiquen limitar el uso de los concursos públicos y aconsejen el recurso a la contratación con un único proveedor, esas excepciones deberán quedar establecidas a priori, ser por motivos tasados y llevar aparejada la oportuna justificación cuando se recurra a ellas, sin perjuicio de que se tenga en cuenta, para su supervisión, el mayor riesgo que suponen de***

corrupción, incluida la de proveedores extranjeros. (El resaltado es intencional) ...” (P. 8)

...Partiendo de lo analizado por la OCDE, no se encuentra por parte de la DGCO, cuál es la circunstancia excepcional que justifique la tipificación de este tipo de actividad contractual como excepcional, más allá de que el texto de reglamento propuesto desarrolla lo referido en el artículo 3 inciso b) de la Ley 9986.

Asimismo, la OCDE ha sido enfática al afirmar en múltiples instrumentos que es necesario que tanto las empresas públicas (SOE, por sus siglas en inglés de state-owned enterprise), como el mismo Estado, se ajusten a las reglas de la contratación pública, para que estas apliquen a entes públicos y privados por igual, con el fin de cumplir con el principio de neutralidad competitiva, sea, cuando en un mercado nadie es sujeto de ventajas o desventajas.¹⁰

Aunado a lo anterior, se debe recordar tal y como se dijo anteriormente, que la contratación pública representa una buena parte del gasto del Estado, por lo que el contratar con este resulta muy atractivo tanto para los entes públicos como para los privados. De manera que se sugiere valorar dicha excepción del texto propuesto de Reglamento a la Ley de Contratación Pública, al considerarse que la misma no tiene un claro beneficio o un fin público ...

...Dentro del contexto de la contratación administrativa, lo que se busca con este principio, es que en todo procedimiento de contratación se garantice en el proceso de identificación de la necesidad, decisión inicial y creación del pliego de condiciones, de crear y promover adquisiciones que busquen competencia efectiva entre los oferentes. Cuyas condiciones legales, técnicas o financieras de todo procedimiento deben facilitar la competencia abierta, justa, no discriminatoria y transparente, de modo que ningún oferente o proveedor, obtenga ventajas. En línea con lo anterior, los expertos recomiendan:

“(...) revisar el entorno legislativo y administrativo en el que participan las empresas estatales, para luego reformarlo, con el fin de que las condiciones en las que opera la empresa estatal sean lo más similares posible a las que enfrentan las empresas privadas.

Los países han desarrollado varios mecanismos para enfrentar problemas de neutralidad competitiva, en virtud del contexto, las razones y características de las empresas públicas...) ¹²(Los destacados no son del original)

¹²En <https://centrocompetencia.com/neutralidadcompetitiva/#:-:text=De%20acuerdo%20con%20la%20OCDE,indebidas%20entregadas%20por%20el%20Estado>. Algunos ejemplos son: **3.1. Unión Europea** El enfoque de neutralidad competitiva fue adoptado en el Tratado de Funcionamiento de la

Finalmente, como legislador he dedicado tiempo al estudio del caso SINART, en particular lo relativo a su agencia de publicidad, un caso donde se conjugan una serie de malas prácticas y excesos permitidos por la ambigüedad del marco legal actual.

Veamos algunas conclusiones:

- 1.- Se invoca el derecho de confidencialidad en cuanto al replanteamiento de la agencia de publicidad, lo cual se comprende por estar en un mercado en competencia, pero a la vez aprovecha portillos legales como la excepción de concurso entre entes de derecho público;
- 2.- Abuso de la figura de excepción (anteriormente conocida como contratación directa) entre entes públicos como portillo y, con ello, se omite la exclusión explícita de la contratación de agencias de publicidad para realizar campañas dentro de las excepciones a la aplicación de los procedimientos ordinarios (establecidas en inciso d) del artículo 3);
- 3.- El uso de convenios entre partes en lugar de uso de la plataforma SICOP, en abierta violación de los principios de transparencia, trazabilidad y publicidad que deben regir la contratación pública;
- 4.- Aprovechamiento del plazo para entrada en vigencia de la nueva ley de contratación pública y su reglamento para apurar procedimientos y contratos sin los requisitos que la nueva ley, con el consiguiente favorecimiento de SINART y en detrimento de la neutralidad competitiva.

Todo lo anterior evidencia un manejo perverso, donde los costarricenses no sabemos si el precio que están pagando por los servicios del SINART los entes públicos, con recursos de todos los costarricenses, es el mejor, si las condiciones y los servicios son los mejores y más adecuados a las necesidades de las instituciones públicas contratantes. Esto, -el mejor servicio al menor precio posible-, es precisamente lo que se busca garantizar mediante el apego a los principios que regulan los procedimientos ordinarios de contratación que, en el caso de la agencia de publicidad del SINART, se utilizan como excepción, cuando de acuerdo con la legislación vigente, deben ser la regla general. En otras palabras, en lo que al SINART respecta, la excepción se ha convertido en la norma.

Unión Europea (TFUE) de 1957... **3.2. Australia** El gobierno australiano posee uno de los marcos regulatorios más completos y avanzados respecto a la neutralidad competitiva... Según la definición australiana, la neutralidad competitiva implica que los negocios del gobierno no deben gozar de ventajas competitivas netas sobre el sector privado simplemente por ser propiedad del sector público. Es decir, la neutralidad competitiva requiere que el gobierno no sea capaz de utilizar sus poderes legislativos o fiscales para favorecer sus propias empresas... **3.3. Estados Unidos** ... promueve la neutralidad competitiva a través de los “**Notional Principles**” (OCDE, 2015) ... **3.4. Chile**... la neutralidad competitiva se promueve y protege implícitamente en la actual Constitución Política ... la participación del Estado en la economía como proveedor de bienes y servicios se encuentra restringida.

En resumen, el proyecto de ley promueve una de las mejores prácticas recomendadas por la OCDE y por medio de la modificación de los artículos 3¹³ y 4 de Ley General de Contratación Pública, de manera tal que se integre el principio de neutralidad competitiva como parte de los elementos necesarios a considerar en los procesos de contratación; se ajusten las normas de excepción, con el fin de eliminar los casos de contratación entre entes públicos cuando los servicios a ser contratados se presenten en mercados en competencia donde concurren agentes económicos públicos y privados; se derogue la posibilidad de contratar como excepción publicidad, y, finalmente, incluir en forma clara los elementos que deben contener los estudios de mercado que fundamentan las contrataciones en la administración, tal como lo recomienda la OCDE.

¹³ Mediante proyecto de ley 22014 se presentó una iniciativa de ley que buscaba reformar el artículo 2 de la 7494 LCP, al cual se le venció el plazo cuatrienal y fue archivado.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

**LEY PARA PROMOVER EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD
COMPETITIVA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS**

ARTÍCULO 1- Se modifican los incisos b, c y d del artículo 3 de la Ley N.º 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo de 2021, cuyo texto dispondrá:

Artículo 3- Excepciones

Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades:

(...)

b) La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, siempre y cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar y no se trate de bienes, obras o servicios que se prestan en un mercado abierto a la competencia. Para recurrir a esta excepción debe quedar acreditado en el expediente electrónico:

- i.- La idoneidad del ente público que se pretende contratar;
- ii.- La certificación de la autoridad de competencia respectiva de que el bien, obra o servicio, no está dentro de un mercado en competencia;
- iii.- La invitación publicada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existen potenciales interesados en proveer el objeto contractual;
- iv.- La declaración jurada donde se acredite que el ente por contratar realizará al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual. En el caso del 30% restante contratado con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.

c) Cuando se determine que existe un proveedor único, lo cual deberá estar precedido de:

- i.- Una verificación en el sistema digital unificado, que así lo acredite;
- ii.- Un estudio de mercado conforme lo establecido en el artículo 4 de esta ley

iii.- Una invitación que debe ser realizada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existe más de un potencial oferente para proveer el objeto contractual y verificar así la unicidad. De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente.

Para el uso de esta excepción no se podrán alegar razones de conveniencia, ya que solo es posible utilizarla una vez comprobada la unicidad. No se considerará proveedor único, entre otros, el desarrollo de sistemas de información ni la adquisición de partes de tecnología que se agreguen a una existente, cuando aquella haya cumplido su vida útil.

d) El patrocinio y la contratación de medios de comunicación social para la difusión de mensajes vinculados con avisos respecto de los servicios que presta la entidad, de conformidad con lo establecido en el plan de medios aprobado previamente. Queda prohibido el uso de la excepción para la contratación de agencias de publicidad y las campañas publicitarias.

(...)

ARTÍCULO 2- Se modifica el inciso b) del artículo 4 de la Ley No. 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo del 2021, cuyo texto dispondrá:

(...)

Artículo 4- Requerimientos generales para el uso de las excepciones (...)

b) Acreditar la procedencia de utilizar la excepción respectiva, dejando constancia de los motivos legales, técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del interés público. La valoración de las ventajas comparativas como son costos, tiempo de respuesta a las fallas que se puedan presentar, garantías, experiencia, entre otros elementos que resultan importantes para determinar al oferente idóneo.

(...)

ARTÍCULO 3- Se adiciona el inciso j en el artículo 8 de la Ley No. 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo de 2021.

(...)

Artículo 8- Principios generales

Los principios generales de la contratación pública rigen transversalmente en toda la actividad contractual en que medie el empleo de fondos públicos y durante todo el ciclo de la compra pública. (...)

j) Neutralidad competitiva: en todo procedimiento de contratación se deben promover procesos no discriminatorios que otorguen el mismo tratamiento tanto a entes públicos como privados. En la descripción de necesidades, decisión inicial o en los pliegos de condiciones, queda prohibido fomentar, dar o conceder privilegios a los oferentes, indistintamente de su naturaleza pública o privada. La Administración optará por procesos de adquisición que promuevan la participación, definiendo pliegos de condiciones motivados, justos, no discriminatorios y que no contengan cláusulas que resulten restrictivas de manera injustificada.”

TRANSITORIO I-

El Ministerio de Hacienda cuenta con 6 meses a partir de la entrada en vigencia de esta Ley para actualizar las normas técnicas y capacitación a la administración pública.

TRANSITORIO II-

Los procedimientos en curso, a la entrada en vigencia de esta Ley, continuarán tramitándose de acuerdo con el ordenamiento vigente aplicable. De la misma manera, se mantendrán en vigencia las disposiciones reglamentarias y administrativas, en tanto sean conformes con lo previsto en la presente Ley.

Rige a partir de su publicación.

Eliécer Feinzaig Mintz

Johana Obando Bonilla

Gilberto Arnoldo Campos Cruz

Kattia Cambroner Aguiluz
Rosabal

Jorge Eduardo Dengo

Diputados y diputadas

NOTAS: El expediente legislativo aún no tiene comisión asignada.

El texto fue confrontado y revisado por el Departamento de Servicios Parlamentarios, para hacerle los ajustes formales requeridos por el SIL. (Fecha de subido al SIL: 22-06-2023).